

Recurso 278/2024
Resolución 332/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de agosto de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BURO4 ARQUITECTOS S.L.P.** contra la resolución de 5 de julio de 2024 del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de redacción del plan general de ordenación municipal de Arahal», (Expediente 9171/2023), convocado por el Ayuntamiento de Arahal (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de enero de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y al día siguiente en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 248.268,68 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante resolución de 1 de abril de 2024 del órgano de contratación se adjudica el contrato a la entidad TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA S.A. Dicha resolución fue objeto recurso por la entidad BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. que fue tramitado con el número 161/2024 y estimado parcialmente por Resolución 219/2024, de 24 de mayo, de este Tribunal.

Posteriormente, tras una serie de trámites, el órgano de contratación por resolución de 5 de julio de 2024 vuelve a adjudicar el contrato a la entidad TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA S.A. (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 25 de julio de 2024, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del procedimiento de presentación electrónica de recursos y reclamaciones en materia de contratación pública, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BURO4 ARQUITECTOS S.L.P. (en adelante la

recurrente), contra la citada resolución de 5 de julio de 2024, del órgano de contratación, de adjudicación del contrato. Dicho recurso ha sido tramitado en este Órgano con el número 278/2024.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 26 de julio de 2024 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 29 y 30 de julio de 2024.

Por último, el día 31 de julio de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía; toda vez que el Ayuntamiento de Arahal (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, habiendo quedado posicionada en segundo lugar en el orden de clasificación de las ofertas.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación que obra en el procedimiento del recurso, la resolución de adjudicación fue formalizada el 5 de julio de 2024, por lo que aun computando desde dicha fecha el recurso presentado el 25 de julio de 2024 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación en ejecución de la Resolución 219/2024, de 24 de mayo, de este Tribunal.

Como se ha expuesto en el antecedente primero, este Tribunal mediante su Resolución 219/2024, de 24 de mayo, estimó parcialmente el recurso número 161/2024, con los siguientes efectos contenidos en su fundamento de derecho séptimo:



«La estimación del presente motivo del recurso trae consigo que la corrección de las infracciones legales cometidas deba llevarse a cabo anulando la resolución de 1 de abril de 2024 del órgano de contratación de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por el órgano de contratación a valorar, previo requerimiento al efecto, la documentación aportada por la entidad ahora adjudicataria acreditativa de la solvencia técnica o profesional exigida, en particular la requerida en su caso en el último párrafo del apartado 4.3 del anexo I del PCAP, procediendo a su aceptación o rechazo con petición de subsanación en su caso, teniendo en cuenta lo analizado en la presente resolución, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

En ese sentido, una vez que el órgano de contratación proceda a dar cumplimiento a lo establecido en el presente fundamento, se podrá verificar en su caso lo ahora denunciado por la recurrente, sobre que la empresa adjudicataria en su DEUC indica que no va a subcontratar pero la realidad es que sí va a subcontratar, pudiendo la recurrente si así lo considera interponer un nuevo recurso especial sobre lo resuelto por el órgano de contratación. En sentido similar se ha pronunciado este Órgano, entre otras, en sus Resoluciones, 231/2018, de 30 de julio, 323/2019, de 10 de octubre, 375/2020, de 6 de noviembre, 381/2021, de 8 de octubre, 452/2022, de 22 de septiembre y 517/2023, de 20 de octubre y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en su Resolución 883/2018, de 5 de octubre.».

En ejecución de la citada Resolución 219/2024, de 24 de mayo, según consta en el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación (en adelante EA), en lo que aquí concierne, mediante escrito de fecha 17 de junio de 2024 la persona titular de la secretaría de la mesa de contratación requiere a la entidad adjudicataria para que aporte la siguiente documentación:

*«En el supuesto de que el personal no se encuentre integrado en la empresa licitadora, compromiso de contratación suscrito por ambas partes de manera individualizada para formalizar la correspondiente relación laboral o mercantil, así como compromiso firmado por éstos en orden a su participación hasta el final de los trabajos. La entidad propuesta como adjudicataria deberá aportar al órgano de contratación, como requisito previo para la adjudicación, la documentación acreditativa de la relación laboral o mercantil de los miembros del Equipo redactor.
(...)».*

En respuesta, la entidad ahora adjudicataria presenta un documento formalizado el 28 de junio de 2024 dividido en cinco puntos. En lo que aquí interesa, en el punto segundo se indica *«Que en contestación al antedicho requerimiento aportamos la siguiente documentación (adjunta al presente escrito de acompañamiento): • Compromisos de contratación y participación en los trabajos: relativos al Director de Equipo Redactor (...) y la Técnico Medioambiental (...); recogiendo su compromiso de colaboración, su disponibilidad y participación hasta la finalización de los trabajos, y el compromiso de formalización de una relación contractual de tipo laboral o mercantil. • Contratos mercantiles: relativos a las mismas personas referidas en el punto anterior.».*

En este sentido, en el punto cuarto señala que *«si por parte del órgano de contratación se entendiese sin embargo que la forma de contratación procedente debería ser mediante una relación de tipo laboral y no de una relación de tipo mercantil, solicitamos que se nos requiriese subsanación en tal sentido, en cuyo caso se procedería por nuestra parte a liquidar la relación mercantil vigente y establecer una de tipo laboral; lo cual, por su parte, estaría amparado por los compromisos anteriormente referidos, pues contemplan la posibilidad de establecer tanto una relación mercantil como una laboral.».*



Y, por último, en el punto quinto afirma «Que a continuación argumentaremos por qué entendemos que procede una relación de tipo mercantil, sin que ello, por su parte, contraste con el hecho de que consideremos que estemos ante un supuesto de integración de solvencia externa al equipo de TCA:

El equipo técnico especializado multidisciplinar que de manera recurrente viene desarrollando trabajos de Redacción de Planeamiento General y otras múltiples actividades relacionadas con el ámbito del Urbanismo (como son Planes de Protección, Planes de Inspección, Planes de Vivienda, Avance de planeamiento en Suelo No Urbanizable, Proyectos de Obra Civil, Estudios Geotécnicos, Cartografías de base para la redacción de planeamiento, Catálogos de protección, Inventarios de inmuebles municipales, Inventarios de caminos, Estudios hidrológicos, Estudios de movilidad, Sistemas de Información Urbanística o Delimitaciones de yacimientos arqueológicos, etc.) está compuesto tanto por personal con una relación laboral con la empresa (trabajadores por cuenta ajena), como por otros profesionales en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (trabajadores por cuenta propia); siendo así que en el caso de los perfiles de estos últimos su actividad principal en el ámbito de planeamiento la desarrollan con TCA, pero no por ello dejando de desarrollar en otros ámbitos de actividad diferentes igualmente otras tareas y trabajos con equipos y clientes distintos, como es lógico y connatural a este tipo de perfiles, dada la naturaleza de la actividad de los mismos; situación ésta que es incompatible con una relación en régimen laboral prestada con carácter de exclusividad, motivo por el cual la relación con ellos es de tipo mercantil, recogida en el correspondiente contrato (como es el supuesto de los contratos mercantiles adjuntos al presente escrito).

Nos consta, además, que esta circunstancia es la tónica habitual en esta disciplina y ámbito de actividad, por lo que con casi total seguridad se da en las propuestas del resto de licitadores participantes en el procedimiento de licitación; motivo, además por el cual los pliegos rectores de la misma permiten la posibilidad de incorporar como miembros del Equipo redactor a personal vinculado a través de una relación de tipo mercantil.

Sin embargo, a pesar de que dicha relación contractualmente sea de tipo mercantil (pues, como ya hemos argumentado, forzosamente ha de ser de dicho tipo –al no poder pretenderse que sea de otro –), a efectos prácticos y en lo que se refiere a la ejecución de los trabajos relativos a los proyectos de este ámbito de actividad, funcionamos como un equipo perfectamente integrado en la metodología de la empresa, por lo cual entendemos que a estos efectos estos profesionales colaboradores han de considerarse asimilables al personal propio de TCA, en tanto que, además, la experiencia que conforma su solvencia ha sido obtenida conjuntamente y a través de la empresa (tratándose de trabajos ejecutados como parte del equipo de TCA); no teniendo, por tanto, la consideración de medios externos a TCA.

Por otra parte, todos los profesionales que componen este equipo multidisciplinar de TCA (tanto los trabajadores por cuenta ajena, como los trabajadores por cuenta propia) son personal especialista clave o fundamental para el desarrollo de este tipo de trabajos en sus diferentes áreas de actividad, sin que pueda otorgarse con tanta facilidad una consideración de particular esencialidad a los perfiles que, en el caso concreto de esta licitación, corresponden a colaboradores vinculados con TCA a través de una relación mercantil, como se pone de manifiesto en la siguiente relación de trabajadores en régimen laboral (trabajadores por cuenta ajena) de que dispone TCA para este tipo de proyectos (cuyos conocimientos, experiencia y capacidades son igualmente claves para la correcta ejecución de esta tipología de trabajos):

(...)

En tal sentido, y en lo que se refiere a esta concreta licitación, los siguientes trabajadores en régimen laboral (trabajadores por cuenta ajena) de TCA forman parte del Equipo redactor del PGOM de Arahal en nuestra propuesta:

(...)



A mayor abundamiento, y por aportar una referencia adicional en este sentido, a continuación se incluye un extracto del certificado de buena ejecución del proyecto de redacción del PGOU del Ayuntamiento de Mojácar, el cual alcanzó el estado de aprobación definitiva en 2023, y donde aparece detallado el Equipo redactor del mismo, y en el cual puede comprobarse la preponderancia del personal en régimen laboral (trabajadores por cuenta ajena) de TCA (destacados a color) frente a los colaboradores vinculados con TCA a través de una relación mercantil: (...).».

Acto seguido, figura en el EA la citada resolución de 5 de julio de 2024 -objeto del presente recurso especial-, en la que no se hace referencia a las características y ventajas de la proposición de la entidad adjudicataria determinantes de que haya sido seleccionada su oferta con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadoras admitidas; en concreto los argumentos por los que el órgano de contratación entiende que dicha entidad acredita la solvencia técnica o profesional exigida.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 5 de julio de 2024 del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo «declare nula o anule la Resolución recurrida, ordenando que por el Ayuntamiento se proceda conforme se detalla en el MOTIVO SEXTO del recurso.».

En el escrito de recurso la recurrente denuncia que la entidad adjudicataria, por un lado, se sirve de medios externos para acreditar su solvencia, y subcontratará prestaciones esenciales del contrato pese a manifestar lo contrario en su oferta, por otro lado, carece de la solvencia técnica o profesional requerida para concurrir a esta licitación, y por último, vulnera el apartado 13 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que establece los límites a la subcontratación en este contrato.

En este sentido, concluye la recurrente que los razonamientos expuestos en el recurso han de conllevar la exclusión de la oferta de la adjudicataria, tras lo cual se ha de proceder a una nueva clasificación de las proposiciones resultando la suya la situada en primer lugar, con continuación de los trámites previstos en el artículo 150 y concordantes de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en el informe al recurso afirma que éste se centra en dos cuestiones relativas, por un lado, a la utilización de la entidad adjudicataria de medios externos para la acreditación de su solvencia técnica, y, de otra parte, a la carencia de la solvencia técnica o profesional requerida para concurrir a la licitación. En este sentido, señala que las motivaciones referentes a la solvencia técnica fueron ya incluidas en el recurso 161/2024 resuelto con anterioridad, siendo informadas y desestimadas por los argumentos emitidos en el informe al citado recurso 161/2024 de fecha 26 de abril de 2024, que reproduce en parte.

En cuanto a la denuncia de la recurrente de que la adjudicataria se valga de la acreditación de la solvencia técnica o profesional por medios externos, indica el órgano de contratación en el informe al recurso que no le consta tal hecho, toda vez que la entidad adjudicataria no manifestó tal hecho en su documento europeo único de contratación (DEUC). Al respecto, señala el informe al recurso que en los compromisos de contratación que la entidad adjudicataria presenta se detalla el compromiso de formalizar la correspondiente relación laboral o



mercantil, debiendo aportar previamente a la adjudicación la documentación acreditativa de dicha relación, lo que no supone que se acredite la solvencia por medios externos, sino que se formalizará la relación entre los firmantes y la entidad con carácter previo a la adjudicación, entendiéndose con ello que no se presentan dichos compromisos como medio de acreditación externo de la solvencia (apartado 4.5 del anexo I del PCAP), sino como acreditación de la solvencia técnica con la que cuenta la entidad (cláusula 4.3 del anexo I del PCAP).

Sobre la subcontratación, el informe al recurso tras reproducir parcialmente -como hace el recurso- el Acuerdo 133/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, afirma lo siguiente:

«Ante tal definición aportada por los propios recurrentes, debemos entender que no existe subcontratación cuando la relación mercantil establecida entre los medios personales que se adscribirán al contrato y la entidad adjudicataria es previa a la formalización del contrato administrativo entre dicha entidad y el Ayuntamiento de Arahál.

Llegado el caso en que la entidad contratista llevara a cabo la subcontratación parcial de la realización de determinadas prestaciones del contrato, debería esta subcontratación ajustarse a lo dispuesto por la Cláusula 13 PCAP así como a lo dispuesto por la propia LCSP al respecto.».

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

En esencia, en el recurso se denuncia que la entidad adjudicataria se sirve de solvencia técnica o profesional ajena y va a subcontratar prestaciones esenciales del contrato, habiendo manifestado en ambos casos lo contrario en su DEUC.

En primer lugar, sobre que la entidad adjudicataria se sirve de medios externos para acreditar su solvencia técnica o profesional, habiendo manifestado lo contrario en su DEUC, se indica en el recurso que la documentación aportada por dicha empresa en el requerimiento efectuado el 17 de junio de 2024, en ejecución de la citada Resolución 219/2024, de 24 de mayo, de este Tribunal, viene a confirmar que se sirve de medios ajenos para acreditar la totalidad del mínimo de solvencia técnica o profesional. En este sentido, señala que para poder participar en esta licitación se ha de acreditar que se cuenta con los perfiles profesionales indicados en el apartado 4.3 del anexo I del PCAP “Director–Coordinador del Equipo Redactor y Técnico Ambiental”, por lo que al carecer la adjudicataria de estos profesionales ha debido acudir al mercado para suplir esta carencia, dado que en ambos casos los aportados son personas ajenas a la organización de la empresa adjudicataria, que aportan su titulación y experiencia para que pueda servir a la acreditación de la solvencia técnica o profesional de dicha entidad.

Al respecto, señala que la adjudicataria realiza un esfuerzo argumental en el que denomina “escrito de acompañamiento” que es estéril, dado sus argumentos, en absoluto desvirtúan que esté acudiendo a integrar la solvencia con medios ajenos, tales como: «1. Aporta los contratos mercantiles, pero se ofrece a sustituirlos por contratos laborales, si así se lo solicita el Ayuntamiento. 2. Señala que los contratos son de tipo mercantil porque “forzosamente han de ser de dicho tipo”. 3. Aduce que esta es la “tónica habitual en esta disciplina”. 4. Y que en todo caso, “funcionamos como un equipo perfectamente integrado en la empresa”.».

Dichos razonamientos, afirma la recurrente, lo que ponen precisamente de manifiesto es lo contrario de aquello que pretende sostener, esto es que las relaciones entre una empresa y una persona serán de carácter laboral o mercantil no por capricho o conveniencia, sino considerando la propia naturaleza de cada relación. Sobre ello, manifiesta el recurso que resulta sorprendente que la entidad adjudicataria solicite al Ayuntamiento que le indique qué tipo de contrato formalizar. En este sentido, señala que lo cierto es que se han suscrito contratos



mercantiles porque esa es la naturaleza de la relación que une a las personas designadas como Director-Coordinador y Técnico Ambiental con la empresa adjudicataria.

En segundo lugar, respecto a que la entidad adjudicataria va a subcontratar prestaciones esenciales del contrato, habiendo manifestado lo contrario en su DEUC, se señala en el recurso que en virtud de los contratos mercantiles aportados ahora por la empresa adjudicataria, ésta subcontrata con terceros las tareas de Director-Coordinador del Equipo Redactor y de Técnico Ambiental, resultando incontrovertido que estamos en presencia de sendas subcontrataciones.

En este sentido, para reforzar su alegato manifiesta que un breve repaso por el contenido de los contratos es también interesante, dado en que ambos encontramos lo siguiente: «-*Antecedente Primero: “Que el PRESTADOR... dispone de los conocimientos, equipos, medios personales y materiales y, en su caso, personales para prestar este tipo de servicios.” -Cláusula Primera, segundo párrafo in fine: “En todo caso, el PRESTADOR prestará el servicio con total autonomía e independencia respecto de TCA, y en atención al grado de especialización y diligencia que le caracterizan...” -Cláusula Séptima, que regula con singular precisión y celo la independencia entre el adjudicatario y el prestador de servicios. -Cláusula Octava, en relación con el carácter mercantil de la relación y la responsabilidad exclusiva del Prestador respecto de sus empleados.».*

Concluye la recurrente, -tras indicar que la Resolución de este Tribunal 152/2023, de 3 de marzo, recogiendo lo expresado en el Acuerdo133/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, contiene una definición de subcontratación que reproduce-, que en el caso que nos ocupa concurren todos los elementos definitorios de la subcontratación que expone esta Resolución, dado que la adjudicataria formaliza los oportunos contratos con profesionales del ámbito del urbanismo y el medio ambiente con el objetivo de encargarles la realización de parte de la prestación, que es objeto del contrato administrativo licitado por el Ayuntamiento de Arahal, no de partes residuales o sin relevancia, sino de prestaciones esenciales, como la Dirección-Coordinación del Equipo y Técnico Ambiental, prestaciones que como se viene indicando conforman, además, los requisitos mínimos de solvencia técnica o profesional.

Pues bien, lo primero que se ha de poner de manifiesto es que no es controvertido que la entidad adjudicataria en su DEUC declaró que no iba a integrar su solvencia técnica o profesional con medios externos y que no iba a subcontratar, cuestión que quedó constatada por este Tribunal en la consideración cuarta del fundamento de derecho sexto de la mencionada Resolución 219/2024, de 24 de mayo.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que supuestos muy similares al presente ya ha tenido la ocasión de manifestarse este Tribunal. Así por ejemplo se analiza la cuestión en la Resolución 61/2020, de 17 de febrero, en la que se viene a indicar que no es posible por parte de una licitadora subcontratar una prestación si previamente no lo ha indicado en el DEUC, en tanto que su contenido le autolimita. Esta cuestión fue analizada posteriormente en la Resolución 22/2021, de 28 de enero en la que se indica que «*Pues bien, tras lo expuesto, este Tribunal considera que sí se detecta la contradicción alegada en el recurso, entre la información aportada por la empresa adjudicataria en la fase declarativa del procedimiento de adjudicación y la que se acompaña en la fase acreditativa del mismo, y ello dado que la previsión que realiza la adjudicataria, sobre la posibilidad de arrendamiento de servicios de parte del equipo traductor, va en contra de lo inicialmente declarado y por tanto supone una vulneración del contenido del PCAP.*

Además, dicho incumplimiento no queda justificado, como pretende el órgano de contratación en su informe, por la expresión con la que finaliza el documento y ello por las siguientes razones. En primer lugar, la imposibilidad de subcontratar, una vez declarada en el DEUC, resulta absoluta, no es modulable y por tanto la simple previsión de hacer uso de la misma, aunque no lo fuese en el porcentaje previsto del 80% sino en un porcentaje inferior, resulta



inadmisible, porque manifiesta la voluntad de hacer uso de un instrumento, la subcontratación, al que el mismo adjudicatario renunció conforme a la declaración por él mismo formulada en el citado DEUC».

De forma más reciente, en la Resolución 439/2022, de 2 de septiembre, se analiza la conformidad a derecho de la exclusión de una entidad licitadora debido a la circunstancia de la divergencia entre lo declarado en el DEUC y la documentación presentada con posterioridad para justificar la viabilidad de su oferta, detectada como anormal o desproporcionada, de conformidad con el artículo 149 de la LCSP. En la citada Resolución 439/2022, sobre la cuestión controvertida se indicaba que:

«De tales hechos se concluye que, como ha apreciado la mesa de contratación, existe una discrepancia sustancial, entre la declaración contenida en el DEUC y la documentación aportada para acreditar la solvencia de la que se deduce su integración con medios externos.

Cabe señalar que en efecto y como manifiesta el órgano de contratación en su informe conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Frente a los antecedentes antes citados A.G.B. defiende haber incurrido en un error material en la cumplimentación del DEUC susceptible de subsanación. Pues bien, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre los requisitos que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero, 67/2019, de 14 de marzo y 144/2020, de 1 de junio). En dichas resoluciones se cita la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como «un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente». Asimismo, se cita la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo que establece que «(...) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación». Debe tratarse de “simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”.

Debe apreciarse “teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error”. Pues bien, tras lo expuesto y aplicando al caso los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos se concluye, sin ningún género de dudas, que no cabe apreciar como error material subsanable las discrepancias puestas de manifiesto en la cumplimentación del DEUC sino que por el contrario tal incongruencia supone un error sustancial, que afecta a la aptitud para contratar con el sector público, al afectar a la solvencia del licitador.

Téngase en cuenta que la modificación pretendida por la recurrente en el trámite de subsanación de su oferta, consiste en integrar su solvencia a través de medios externos, pertenecientes a otra empresa, después de cumplimentar el DEUC sobre este aspecto en sentido negativo y de no aportar el DEUC de esas terceras empresas.

Además, en el caso de aceptar la subsanación del DEUC pretendida por A.G.B. en el momento procedimental de valoración de las ofertas, y por tanto una vez pasada la fase de examen de documentación administrativa en la que se examina el DEUC, ésta devendría extemporánea y supondría una vulneración de los principios de igualdad, transparencia y libre competencia previstos en el artículo 132 de la LCSP, ya que se estaría aceptando a alteración significativa de la proposición de la empresa licitadora y sus capacidades para ser adjudicataria del contrato.



En consecuencia, este Tribunal considera que la discrepancia observada entre lo declarado en el DEUC y la documentación aportada con posterioridad constituye causa de exclusión de la oferta de la recurrente».

Finalmente, esta cuestión también ha sido abordada en la Resolución 542/2022, de 11 de noviembre, en la que el objeto de la controversia es la decisión de la mesa de contratación de no valorar una mejora al ofrecerse la misma mediante subcontratación cuando en el DEUC se indicaba la intención de no subcontratar. En la citada resolución se manifiesta lo siguiente: *«Así pues, como quiera que, en el sobre nº1, (...) declaró que no tenía previsto subcontratar, debió sopesar que tal declaración le vinculaba a la hora de ofertar la mejora analizada. Al no haber reparado en tal circunstancia, ha incurrido en contradicción con lo previamente declarado al proponer, como parte integrante de su oferta, la realización de un servicio por un tercero. Es por ello que ningún reproche cabe efectuar a la decisión de la mesa de no tomar en consideración la mejora, al objeto de salvar así la contradicción entre las declaraciones de la recurrente en ambos sobres. Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso».*

Aplicando todo lo anterior al presente recurso, este Tribunal considera que efectivamente la recurrente indicó en el DEUC su voluntad de no acreditar su solvencia técnica o profesional con medios externos y de no subcontratar, cuestión que como se ha expuesto no es además controvertida y que quedó constatada por este Tribunal en la consideración cuarta del fundamento de derecho sexto de la mencionada Resolución 219/2024, de 24 de mayo.

Resta por analizar si como denuncia la recurrente la entidad adjudicataria efectivamente acredita su solvencia técnica o profesional con medios externos y subcontrata parte de la prestación, o por el contrario los compromisos de contratación que la entidad adjudicataria presenta no pueden considerarse ni como medios externos ni como subcontratación, como afirma el órgano de contratación en el informe al recurso.

Consta en el EA, como alega la recurrente en su recuso, en los contratos aportados por la adjudicataria con las personas designadas como Director–Coordinador y Técnico Ambiental, determinadas afirmaciones que es preciso reproducir. Así, en ambos casos, en el antecedente primero se indica *«Que el PRESTADOR (...) dispone de los conocimientos, equipos, medios personales y materiales y, en su caso, personales para prestar este tipo de servicios»*; en el último inciso del segundo párrafo de la cláusula primera se señala que *«En todo caso, el PRESTADOR prestará el servicio con total autonomía e independencia respecto de TCA, y en atención al grado de especialización y diligencia que le caracterizan, conforme a los usos y costumbres de su sector de actividad»*; en la cláusula séptima se regula la independencia entre el prestador y la entidad adjudicataria; y por último en la cláusula octava se afirma el carácter mercantil de la relación contractual y la responsabilidad exclusiva del prestador respecto de sus empleados.

Pues bien, no le cabe duda a este Tribunal que conforme a lo expuesto estamos en presencia de una subcontratación. En este sentido se ha de señalar que cualquier instrumento jurídico amparado en el principio de libertad de forma y sin perjuicio de su *nomen iuris* habría de respetar las reglas y requisitos que para la subcontratación establece la LCSP, por lo que, sustantivamente, no dejaría de suponer la celebración de un subcontrato al que la adjudicataria no puede ya acudir, al haber declarado ya en su DEUC la intención de no subcontratar (v.g. Resoluciones 61/2020, de 17 de febrero, 22/2021, de 28 de enero y 152/2023, de 3 de marzo, de este Tribunal, entre otras).

Asimismo, en contra de lo afirmado por el órgano de contratación en su informe al recurso, la existencia de subcontratación es independiente del momento en el que se establezca la relación jurídica entre contratista y potencial subcontratista, ya sea preexistente a la licitación convocada, coetánea a la misma o se convenga



durante la ejecución de la prestación que se licita (v.g. Resolución 152/2023, de 3 de marzo, de este Tribunal, entre otras).

Lo anterior no puede enervarse por el contenido de las alegaciones de la entidad adjudicataria puestas de manifiesto en su escrito de 28 de junio de 2024, reproducido en el fundamento quinto de la presente resolución, en el que manifiesta que a pesar de que la relación contractual que une a su empresa con las personas designadas como Director–Coordinador y Técnico Ambiental sea de tipo mercantil, a efectos prácticos y en lo que se refiere a la ejecución de los trabajos relativos a los proyectos de este ámbito de actividad, funcionan como un equipo perfectamente integrado en la metodología de la empresa, por lo cual a estos efectos estos profesionales colaboradores han de considerarse asimilables al personal propio de su empresa, en tanto que, además, la experiencia que conforma su solvencia ha sido obtenida conjuntamente y a través de su empresa, no teniendo, por tanto, la consideración de medios externos a ella. Y ello por cuanto, aun cuando esa sea una forma común de trabajar en este sector de actividad, la misma no supone que no estemos en presencia de una subcontratación. En este sentido, la cuestión no estriba en que ello no pueda ser posible, sino en que como se ha expuesto estamos en presencia de una subcontratación, a la que la adjudicataria renunció al declarar en su DEUC su intención de no subcontratar.

En definitiva, entiende este Tribunal que en el supuesto que se examina existe subcontratación conforme a lo previsto en el artículo 215 de la LCSP, con independencia del *nomen iuris* con el que se denomine a cualquier instrumento jurídico amparado en el principio de libertad de forma, que sustantivamente suponga la celebración un subcontrato, así como en aquellos supuestos en que la persona contratista concierta con terceros la realización parcial de la prestación, indistintamente de que la relación con la persona potencial subcontratista sea preexistente a la licitación convocada, coetánea a la misma o se convenga durante la ejecución de la prestación que se licita.

Con respecto a la cuestión que le planteó la adjudicataria al órgano de contratación en su escrito de 28 de junio de 2024, en el que indicaba que *«si por parte del órgano de contratación se entendiese sin embargo que la forma de contratación procedente debería ser mediante una relación de tipo laboral y no de una relación de tipo mercantil, solicitamos que se nos requiriese subsanación en tal sentido, en cuyo caso se procedería por nuestra parte a liquidar la relación mercantil vigente y establecer una de tipo laboral; lo cual, por su parte, estaría amparado por los compromisos anteriormente referidos, pues contemplan la posibilidad de establecer tanto una relación mercantil como una laboral»*, que no ha sido abordada por el órgano de contratación ni en la licitación ni en el informe al recurso, ha de recordarse que por el principio de inalterabilidad de la oferta una vez formulada la misma, no resulta atendible cualquier planteamiento que de modo directo o indirecto suponga su alteración y, por ende, su acomodación para conseguir la adjudicación del contrato. Dicho principio es acorde a la normativa contractual, pues, de aceptarse subsanaciones, correcciones o aclaraciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido formuladas, presentadas y justificadas en su caso, siendo tal posibilidad radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia, consagrados en los artículos 1 y 137 de la LCSP. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 106/2017, de 19 de mayo, 263/2017, de 5 de diciembre, 322/2020, de 1 de octubre, 455/2022, 15 de septiembre y 586/2022, de 2 de diciembre; así como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras muchas, en sus Resoluciones 319/2014, de 25 de abril, 612/2016, de 22 de julio y 610/2021, de 21 de mayo y, entre otros, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 89/2019, de 28 de febrero y 282/2021, de 18 de junio, entre otras.



Por último, las mismas consideraciones realizadas sobre la subcontratación, en el supuesto que se examina, son predicables de la acreditación de la solvencia técnica o profesional con medios externos, dado que la recurrente para acreditar la requerida en el último párrafo del apartado 4.3 del anexo I del PCAP, en concreto la de las personas designadas como Director–Coordinador y Técnico Ambiental, acude a personal no integrado en su empresa mediante una relación mercantil, a lo que la adjudicataria renunció al declarar en su DEUC su intención de no acreditar su solvencia con medios externos.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre los efectos de la estimación del recurso.

La estimación del recurso trae consigo que la corrección de las infracciones legales cometidas deba llevarse a cabo anulando la resolución de 5 de julio de 2024 del órgano de contratación de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado, para que se proceda por el órgano de contratación a excluir la oferta de la entidad ahora adjudicataria, con continuación del procedimiento de licitación en su caso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BURO4 ARQUITECTOS S.L.P.** contra la resolución de 5 de julio de 2024 del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado «Servicio de redacción del plan general de ordenación municipal de Arahal», (Expediente 9171/2023), convocado por el Ayuntamiento de Arahal (Sevilla) y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

